

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Het vorderen van camerabeelden; schending van artikel 8 EVRM)

Borgers, M.J.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2012). *Case note: Hoge Raad (Het vorderen van camerabeelden; schending van artikel 8 EVRM)*, No. 24, Dec 21, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2012).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie NJ 2012, 24 (het vorderen van camerabeelden; schending van artikel 8 EVRM)

HR 21 december 2010, nr. 08/03502

M.J. Borgers

1. In de hierboven afgedrukte uitspraak komen twee rechtsvragen expliciet aan bod, terwijl de Hoge Raad tussen de regels door nog een derde, bepaald niet onbelangrijke rechtsvraag beantwoordt. De eerste vraag die expliciet aan bod komt, luidt: in hoeverre mogen opsporingsambtenaren een verzoek doen aan een houder van beelden van een beveiligingscamera om deze beelden vrijwillig – en dus zonder daartoe een vordering te doen op grond van de wettelijke bevoegdheden tot het vorderen van gegevens – af te geven? De tweede vraag betreft het rechtsgevolg dat kan (of moet) worden verbonden aan het ten onrechte doen van een verzoek tot vrijwillige afgifte van dergelijke beelden. De derde vraag, die tussen neus en lippen door wordt beantwoord, betreft de vraag of de beelden die met een bewakingscamera worden vastgelegd, gelden als ‘gevoelige gegevens’ in de zin van artikel 126nf Sv, voor zover op die beelden uiterlijke kenmerken van personen waarneembaar zijn. Ik ga hieronder, in een iets andere volgorde dan hier gepresenteerd, nader in op deze vragen en de daarop gegeven antwoorden.

(Geen) verzoek om vrijwillige medewerking

2. Het stelsel van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens zou kunnen worden gekenschetst als een ‘gesloten’ stelsel. Dat houdt in dat er in principe – de nuances komen dadelijk aan bod – geen ruimte bestaat om medewerking op vrijwillige basis aan het verstrekken van die gegevens te vragen. Anders gezegd: indien de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens *kunnen* worden toegepast, dan *moeten* deze ook worden toegepast. Op die manier wordt voorkomen dat derden die over voor het opsporingsonderzoek relevante gegevens beschikken, zelf telkens moeten nagaan of het hen vrij staat die gegevens te verstrekken, en afwegen in hoeverre zij die verstrekking ook wenselijk achten. Op grond van enkele passages uit de wetsgeschiedenis bevestigt de Hoge Raad thans dat van een dergelijk gesloten stelsel sprake is, waarbij de Hoge Raad tegelijkertijd een (eerste) nuance laat doorklinken. In overweging 3.6 wordt nadrukkelijk vastgesteld dat de camerabeelden die zijn verkregen, onder het bereik van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vallen. Daaruit volgt impliciet dat van een gesloten stelsel geen sprake is voor zover het gaat om gegevens die niet onder het bereik van die wet vallen. De nuance, of zo men wil: beperking, die de Hoge Raad aanbrengt, is eerst in de loop van de parlementaire behandeling van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens aanvaard (zie daarover nader Mac Gilavry, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekeningen 27.2-27.6 op artikel 126nc). Het meest duidelijk komt de hier besproken nuance tot uitdrukking in een passage die door de Hoge Raad niet wordt aangehaald: ‘Voor gegevens die niet vallen onder de werking van de WBP gelden geen bijzondere regels voor de bescherming daarvan. (...) Met betrekking tot deze gegevens zijn burgers vrij te beslissen hoe zij deze verwerken en is er voor opsporingsambtenaren meer ruimte van derden te vragen deze op vrijwillige basis te verstrekken. De WBP stelt hieraan geen grenzen. Door het wetsvoorstel verandert dit niet.’ (Aldus *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, C, p. 4; zie ook nog *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, E, p. 3.) Wanneer iemand op straat een filmpje maakt met zijn *smartphone* van een vechtpartij of

het kenteken noteert van een auto die bij een ongeval betrokken is, mag – aangenomen dat dan de uitzondering van artikel 2 lid 2, sub 1, Wbp van toepassing is (het verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden) – de politie dus wel het verzoek doen aan deze persoon om (een kopie van) het filmpje of het briefje af te staan. In geval van twijfel of bepaalde gegevens al dan niet onder de Wbp vallen, is het evenwel verstandig om aan de wettelijke bevoegdheden toepassing te geven (vgl. *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, C, p. 7).

3. Opmerkelijk is dat A-G Machielse op basis van eveneens een wetshistorisch argument een andere uitkomst bereikt dan de Hoge Raad (zie onderdelen 3.5.5-3.5.6 van zijn conclusie). Hij betoogt dat de vrijwillige verstrekking niet onverenigbaar is met het stelsel van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens. Daartoe doet hij een beroep op een andere passage uit de wetsgeschiedenis dan door de Hoge Raad aangehaald en dan hierboven is geciteerd. Het probleem van de passage die A-G Machielse aanhaalt, is dat de minister hierin, op de keper beschouwd, een nogal warrige uiteenzetting geeft naar aanleiding van een vanuit de Senaat aangedragen voorbeeld. In die uiteenzetting lopen de vraag of vrijwillige verstrekking mag worden verzocht, en de (hierna nog te bespreken) vraag wanneer sprake is van gevoelige gegevens door elkaar. Vermoedelijk daardoor lijkt de minister (het belang van) het elders in hetzelfde kamerstuk heldere onderscheid tussen gegevens die wel en niet onder de reikwijdte van de Wbp vallen, uit het oog te verliezen. Aangenomen mag worden dat de minister niets anders naar voren heeft willen brengen dan dat ten aanzien van gegevens die onder de Wbp vallen, nog wel spontane verstrekking – dat wil zeggen verstrekking zonder dat die gegevens door opsporingsambtenaren zijn gevorderd – mogelijk is (zie nader onder 4). De Hoge Raad heeft zich dan ook terecht niet laten misleiden door dit onderdeel van de wetsgeschiedenis. In HR 23 maart 2010, *NJ* 2010, 355 m.nt. P.A.M. Mevis is de Hoge Raad ook al – zij het op een ander punt, maar evenzeer terecht (vgl. daarover onderdeel 4 van de noot van Mevis) – aan deze passage uit de wetsgeschiedenis voorbij gegaan. Dat onderstreept nog maar eens hoe noodzakelijk het is bij wetshistorische interpretatie de verschillende onderdelen van de parlementaire stukken in onderlinge samenhang te bestuderen en zich niet te laten (mis)leiden door een enkele uitlating. Maar dat terzijde.

4. Het is nuttig te wijzen op een tweede nuance ten aanzien van het gesloten stelsel, die verband houdt met de *spontane* afgifte van gegevens. Het stelsel van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens staat er niet aan in de weg dat opsporingsambtenaren gegevens in ontvangst nemen die spontaan – en dus niet op initiatief van politie of justitie – worden afgegeven, ook niet indien deze gegevens onder het bereik van de Wbp vallen. Op grond van artikel 43 Wbp is het de houder van persoonsgegevens toegestaan die gegevens te verstrekken (onder andere) indien dat noodzakelijk is in het belang van de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten. Of die noodzaak zich voordoet, staat ter beoordeling van degene die tot verstrekking zou kunnen overgaan. Wanneer die verstrekking plaatsvindt, bestaat er voor politie en justitie geen beletsel om van de gegevens gebruik te maken. (Zie hieromtrent *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, nr. 6, p. 3, *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, C, p. 2-3 en *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, E, p. 2.) Kortom: indien het gaat om gegevens die onder het bereik van de Wbp vallen, mogen politie en justitie daar niet naar vragen, maar zij mogen wel spontaan verstrekte gegevens in ontvangst nemen en benutten.

Het al dan niet spontaan verstrekken betreft op zich een helder onderscheid, maar in de toepassing zal het niet altijd even eenvoudig zijn om de grenslijn te trekken. Hoe te denken over de situatie waarin de opsporingsambtenaar indringend uitlegt dat het voor de opsporing van groot belang is om over bepaalde gegevens te beschikken, daarmee impliciet de mogelijkheid van spontane verstrekking onder de aandacht brengende? Gelet op een van de belangrijkste doelstellingen van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens – de afweging of de verstrekking van gegevens noodzakelijk is, moet worden gemaakt door de strafvorderlijke overheid en niet worden opgedrongen aan de burger (zie onder andere *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 2) – ligt het in de rede dat de rechter streng controleert of spontane afgifte van gegevens ook oprecht spontaan is geschied.

5. Wanneer we nu terugkeren naar de situatie dat de politie de beschikking wil krijgen over gegevens die onder de reikwijdte van de Wbp vallen – en waarin dus een verzoek om vrijwillige afgifte achterwege moet worden gelaten –, rijst de vraag of het doen van een dergelijk verzoek toch via een ‘omweg’ zou kunnen plaatsvinden. Die omweg zou dan zijn gelegen in de strafvorderlijke alternatieven voor de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens. Daarbij moet dan met name worden gedacht aan het in beslag nemen van de gegevensdrager en het in dat verband doen van een vordering tot uitlevering van dat voorwerp. Zou het dan wel mogelijk zijn dat een opsporingsambtenaar het verzoek doet om de gegevensdrager vrijwillig af te staan ten behoeve van het onderzoek? Toepassing van de beslagbevoegdheden en/of de bevoegdheden tot het geven van een bevel uitlevering zou dan achterwege kunnen blijven (vgl. Corstens/Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 360-361).

Het bezwaar tegen deze omweg houdt verband met de verhouding die blijkens de wetsgeschiedenis bestaat tussen enerzijds het stelsel van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens en anderzijds de beslag- en uitleveringsbevoegdheden. Indien de benodigde gegevens met de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens kunnen worden verkregen, dient in principe voor de toepassing van die bevoegdheden te worden gekozen (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 12-13; vgl. ook onderdeel 3.5.4 van de conclusie van A-G Machielse voor het hierboven afgedrukte arrest). Het gaat daarbij niet om een absoluut verbod op het toepassen van de beslagbevoegdheden of de bevoegdheden tot het geven van een bevel uitlevering. Indien het noodzakelijk is om, met het oog op de verkrijging van gegevens, de gegevensdrager (nader) te onderzoeken, is het gerechtvaardigd deze in beslag te nemen (vgl. *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, C, p. 6-7; zie ook Mevis, in: *Levend strafrecht (Buruma-bundel)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 404-405). Trekt men deze lijn consequent door, dan zou dit betekenen dat de zoiest geschetste omweg – het doen van een verzoek om de gegevensdrager vrijwillig af te staan – niet toelaatbaar moet worden geacht, behoudens de situatie waarin het onderzoeksbelang ertoe noopt de gegevensdrager zelf in handen te krijgen (in deze zin kennelijk ook Mevis in onderdeel 7 van zijn noot onder HR 23 maart 2010, *NJ* 2010, 355). In die laatste situatie zou dan, strikt genomen, om vrijwillige medewerking – door het in handen van politie en justitie stellen van de gegevensdrager – mogen worden verzocht. Maar helemaal bevredigend is die uitkomst niet. Het past, naar het mij voorkomt, beter bij de doelstelling van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens om ook in deze laatstgenoemde situatie niet ertoe over te gaan om vrijwillige afgifte te verzoeken, nu alsdan toch weer de afweging om indirect (persoons)gegevens te verstrekken aan de zijde van de houder van die gegevens(drager) wordt gelegd, in plaats van dat die verstrekking berust op een beslissing van de strafvorderlijke autoriteiten.

(Niet-)gevoelige gegevens en camerabeelden

6. Ogenschijnlijk niet zo belangrijk, maar bij nadere beschouwing van grote importantie is overweging 3.4 van de Hoge Raad. Daarin overweegt de Hoge Raad dat aan een verzoek tot afgifte van ‘beelden die zijn vastgelegd door middel van een videocamera, in gebruik met het oog op de beveiliging van personen, gebouwen, terreinen, zaken en productieprocessen’ een vordering van de officier van justitie als bedoeld in artikel 126nd Sv ten grondslag dient te liggen. Dat de Hoge Raad dit expliciteert, is niet vanzelfsprekend. Het middel spitst zich namelijk toe op de kwestie van het verzoek om vrijwillige afgifte en laat om die reden in het midden op welke grondslag een vordering – zo die wel zou zijn gegeven – had moeten worden gedaan. A-G Machielse besteedt aan die grondslag dan ook geen aandacht, en de Hoge Raad had daar eveneens voor kunnen kiezen. Interessant is evenwel, om de hierna te bespreken redenen, dat de Hoge Raad als grondslag artikel 126nd Sv noemt, en niet artikel 126nf Sv.

7. Het belang van overweging 3.4 blijkt indien men de beschikking van de Hoge Raad van 23 maart 2010, *NJ* 2010, 355 m.nt. P.A.M. Mevis erbij betreft. In die beschikking heeft de Hoge Raad ter zake van een vordering tot het verstrekken van persoonsgegevens die zijn verbonden aan OV-chipkaarten met inbegrip van de (eventueel) daarbij behorende foto’s, geoordeeld dat er sprake is van het vorderen van *gevoelige* gegevens. Dat betekent dat aan de – in vergelijking met die van artikel 126nd Sv – tamelijk zware vereisten van artikel 126nf Sv dient te worden voldaan: er moet sprake zijn van een verdenking van een misdrijf in de zin van artikel 67 lid 1 Sv, dat – kort gezegd – een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, terwijl ook een voorafgaande schriftelijke – of bij dringende noodzakelijkheid: mondeling te verlenen en achteraf op schrift te stellen – machtiging van de rechter-commissaris benodigd is. Op basis van de wetsgeschiedenis van artikel 16 en 18 Wbp, waarbij door de wetgever aansluiting is gezocht bij de afbakening van artikel 126nf Sv, oordeelt de Hoge Raad dat ‘niet alleen gegevens die direct het ras van een persoon betreffen, maar ook gegevens waaruit informatie over het ras van een persoon kan worden afgeleid, zoals een foto van een persoon, als “gevoelige” informatie moet worden aangemerkt’ (in die zin ook HR 3 maart 2009, *NJ* 2009, 325 m.nt. P.A.M. Mevis). Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat de opvatting dat alleen toepassing aan artikel 126nf Sv zou behoeven te worden gegeven ‘indien met de vordering is beoogd de desbetreffende gevoelige informatie aan die foto’s te ontnemen’, onjuist is. Dat betekent dat in alle gevallen waarin het voorzienbaar is dat de vordering tot het verstrekken van gegevens leidt tot het in handen krijgen van foto’s (of ander materiaal) waaruit zich gegevens omtrent iemands ras (of andere gevoelige gegevens in de zin van artikel 126nd lid 2, derde volzin, Sv) laten afleiden, dient te worden gehandeld overeenkomstig artikel 126nf Sv (zie onderdeel 2 van de noot van Mevis onder HR 23 maart 2010, *NJ* 2010, 355).

Deze beschikking heeft tot commotie geleid. Want hoe zit het dan met de beelden die bewakingscamera’s vastleggen? Indien op dergelijke beelden personen waarneembaar zijn en de kwaliteit van het beeldmateriaal niet al te slecht is, zal daaruit informatie omtrent het ras van die personen kunnen worden afgeleid. En dat die informatie wordt verkregen, zal veelal ook voorzienbaar zijn. Nu is daarmee niet gezegd dat het onmogelijk zou zijn om camerabeelden te verkrijgen, maar er dient daarvoor te worden voldaan aan de zojuist genoemde wettelijke vereisten. Gelet op de veelvuldigheid waarmee in de praktijk beeldmateriaal van bewakingscamera’s wordt gevorderd, en indachtig dat de behoefte aan die beelden ook bestaat bij niet zo ernstige misdrijven, worden deze vereisten nogal eens als onnodig zwaar ervaren. Dat heeft geleid tot een stroom aan lagere rechtspraak waarin vrijwel zonder

uitzondering wordt overwogen dat er geldige redenen zijn om beelden van bewakingscamera's anders te kwalificeren dan gegevens betreffende OV-chipkaarten met bijbehorende foto's. Daartoe wordt onder andere aangevoerd dat de inbreuk op de privacy veel geringer zou zijn (bewakingscamera's bevinden zich in openbare ruimtes; het beeldmateriaal is niet altijd even duidelijk; de (latere) verdachte moet zich bewust zijn van het feit dat opnames worden gemaakt) en dat bewakingscamera's niet worden ingezet met het oog op identificatie, maar ter beveiliging van personen en objecten. Een goed overzicht van deze rechtspraak treft men aan bij Zwenne & Mommers, *Privacy & Informatie* 2010, p. 237-247 (zie voorts de evaluatie van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens, T. Spapens e.a., *Brandstof voor de opsporing*, Den Haag: BJu 2011, p. 38-42, 101-106). Ik volsta hier met de opmerking dat het wellicht niet onbegrijpelijk is dat de lagere rechtspraak beelden van bewakingscamera's uit de greep van artikel 126nf Sv heeft willen houden, maar dat op de daartoe gebezigde argumentatie het nodige valt af te dingen. De beschikking van 23 maart 2010 kent een tamelijk eenvoudig beslissingsschema – ten eerste, gaat het om gegevens waaruit informatie omtrent ras kan worden afgeleid, en ten tweede, was het voorzienbaar dat die informatie door de vordering zou worden verkregen? –, terwijl de argumenten en de gezichtspunten die in de lagere rechtspraak naar voren komen, zich veelal niet goed verhouden met dat beslissingsschema. Zie voor een nadere uitwerking van deze kritiek Zwenne & Mommers 2010 en onderdeel 7 van de noot van Mevis onder HR 3 maart 2009, *NJ* 2009, 325.

8. Overweging 3.4 in het hierboven afgedrukte arrest maakt evenwel duidelijk dat ook de Hoge Raad reden ziet om van het eigen beslissingsschema af te wijken. De Hoge Raad houdt het bij een mededeling – beelden van bewakingscamera's vallen onder artikel 126nd Sv – en acht een toelichting kennelijk niet noodzakelijk. Maar wat rechtvaardigt het maken van deze uitzondering? Een subtile aanwijzing voor het antwoord op deze vraag ligt besloten in de wijze waarop de Hoge Raad in deze overweging de desbetreffende beelden omschrijft. De zinsnede 'de beveiliging van personen, gebouwen, terreinen, zaken en productieprocessen' lijkt te zijn overgenomen uit artikel 38 lid 1 Vrijstellingsbesluit Wbp. Dat duidt erop dat de Hoge Raad binnen de systematiek van de Wbp een aanknopingspunt heeft gevonden voor de afwijkende benadering van bewakingscamerabeelden. De vermoedelijk daaraan ten grondslag liggende argumentatie laat zich als volgt construeren.

Artikel 38 lid 1 Vrijstellingsbesluit Wbp voorziet in een uitzondering op de verplichting om geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens te melden bij het College bescherming persoonsgegevens, indien het gegevens betreft die worden verkregen met duidelijk zichtbare bewakingscamera's en voor zover de verwerking van die gegeven voldoet aan de eisen die in artikel 38 worden gesteld. Deze vrijstelling berust – evenals de overige vrijstellingen in dit besluit – op de gedachte dat het gaat om verwerking van gegevens waarbij de inbreuk op de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene onwaarschijnlijk is, zo volgt uit artikel 29 lid 1 Wbp. Artikel 38 lid 5 Vrijstellingsbesluit Wbp staat daarbij toe dat de camerabeelden (althans de daaruit blijkende persoonsgegevens) in geval van incidenten worden verstrekt aan politieambtenaren. Hieruit volgt dat de Wbp, ook al zijn (mogelijk) gegevens omtrent ras waarneembaar op de desbetreffende beelden, niet in de weg staat aan het verstrekken van de beelden van bewakingscamera's ten behoeve van het strafvorderlijke onderzoek. Duidelijk is ook dat de Wbp op dit punt geen ingewikkelde procedures hanteert of stringente eisen stelt. Het lijkt dan een kleine stap te zijn – en duidelijk is dat de Hoge Raad die stap ook zet – om de beelden van bewakingscamera's buiten het bereik van artikel 126nf Sv te houden.

Een andere, bijkomende reden voor de Hoge Raad voor het nemen van deze stap zou wellicht kunnen zijn dat er nog een relevant verschil is aan te wijzen met de zaak die tot de beschikking van 23 maart 2010 heeft geleid. Dat verschil is erin gelegen dat in die zaak de foto telkens was gekoppeld aan de bij dezelfde chipkaart behorende persoonsgegevens, terwijl de beelden in de onderhavige zaak niet waren gekoppeld aan gegevens omtrent de identiteit. Die beelden waren wel relevant om de identiteit van de verdachten vast te stellen, maar met alleen de beelden stond nog niet vast met wie men van doen had. Of de Hoge Raad dit verschil ook daadwerkelijk relevant heeft geacht, blijkt niet uit het arrest, maar geconstateerd kan worden dat dit verschil wordt onderstreept in de beantwoording van een kamervraag naar aanleiding van de beschikking van 23 maart 2010 (zie *Aanhangsel Kamerstukken II* 2009/10, nr. 2724). Men mag aannemen dat de Hoge Raad van die beantwoording kennis heeft genomen. Gegeven dit verschil in feitencomplex en bezien in samenhang met het genoemde Vrijstellingsbesluit kan de opvatting van de Hoge Raad aldus worden verstaan dat indien het gaat om beelden van bewakingscamera's die van belang zijn om personen te identificeren, het enkele feit dat die beelden enigerlei informatie prijsgeven over het ras van de daarop waar te nemen personen, niet met zich brengt dat van gevoelige gegevens in de zin van art. 126nf Sv sprake is.

9. Bij de gronden waarop de door de Hoge Raad aanvaarde uitzondering voor beelden van bewakingscamera's mogelijk berusten, laat zich een niet onbelangrijke kanttekening plaatsen. Artikel 38 Vrijstellingsbesluit Wbp brengt niet met zich dat de op die beelden waarneembare persoonsgegevens niet meer zouden hebben te gelden als gevoelige gegevens. Deze bepaling beperkt, strikt genomen, niet de opsomming van gevoelige gegevens in artikel 16 Wbp (zie ook Zwenne & Mommers 2010, p. 245; enigszins anders Mevis in zijn noot onder de beschikking van HR 23 maart 2010). De Hoge Raad lijkt echter in de hierboven afgedrukte uitspraak, door juist artikel 126nd Sv en niet artikel 126nf Sv als toereikende grondslag voor het verkrijgen van de beelden van de bewakingscamera aan te wijzen, wel te aanvaarden dat de op die beelden waarneembare persoonsgegevens niet meer als gevoelig hebben te gelden. Aldus wordt de nauwe koppeling tussen enerzijds artikel 16 Wbp en anderzijds de afbakening van gevoelige gegevens in artikel 126nd lid 2, derde volzin, Sv doorkruist, terwijl bij de totstandkoming van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens die koppeling juist voorop is gesteld (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 10) en ook in de beschikking van 23 maart 2010 veel gewicht krijgt.

Men zou nu naar voren kunnen brengen dat artikel 18 Wbp een uitzondering maakt op het verbod om gevoelige gegevens te verwerken indien de verwerking geschiedt 'met het oog op de identificatie van de betrokkene'. Echter, ook voor deze bepaling geldt dat aan de afbakening van gevoelige gegevens niet wordt gemorreld. In de beschikking van 23 maart 2010 is artikel 18 Wbp dan ook niet aangegrepen om de bij de OV-chipkaart behorende foto buiten het bereik van artikel 126nf Sv te stellen. Integendeel, voor de beslissing in die zaak wordt juist aansluiting gezocht bij de wetgeschiedenis van artikel 18 Wbp, waarin expliciet wordt ingegaan op foto's die op een identiteitspas zijn afgedrukt en ten aanzien waarvan de minister heeft onderstreept dat het om gevoelige gegevens gaat.

10. Deze kanttekening maakt vooral duidelijk dat het goed bij de Wbp passende beslissingsschema van de beschikking van 23 maart 2010 wordt doorkruist om een systematisch niet passende uitzondering te introduceren voor beelden van beveiligingscamera's. Vermoed mag dan ook worden dat de Hoge Raad zich vooral heeft willen laten leiden door praktische overwegingen, die er in de kern op neerkomen dat

het gebruik van beelden van bewakingscamera's voor de opsporing nuttig wordt bevonden, dat het onwenselijk wordt geacht dat het wettelijk kader daarvoor onpraktische of knellende voorwaarden stelt en dat de tekst van artikel 38 Vrijstellingsbesluit Wbp een mooi aanknopingspunt biedt voor het formuleren van een uitzonderingscategorie.

Nu kan men erover twisten of de weg die de Hoge Raad inslaat, de meest wenselijke is. Onbegrijpelijk of onaanvaardbaar zou ik de beslissing van de Hoge Raad in elk geval niet willen noemen. Ook ten aanzien van de Wbp bestaat discussie of het verwerkingsregime ten aanzien van de in artikel 16 Wbp genoemde gegevens onder omstandigheden niet te streng is (zie daarover Zwenne & Mommers 2010, p. 237-238). Duidelijk is ook dat het Vrijstellingsbesluit Wbp berust op de gedachte dat het vergaren van persoonsgegevens niet onder alle omstandigheden een even grote inbreuk op de privacy maakt, hetgeen ook implicaties heeft voor de mate waarin en de wijze waarop de strafvorderlijke vergaring van dergelijke gegevens met waarborgen dient te zijn omkleed.

De vraag naar de wenselijkheid van de beslissing van de Hoge Raad is in mijn ogen evenwel niet de belangrijkste. Ook indien de wenselijkheid van het door de Hoge Raad behaalde resultaat geheel buiten discussie zou staan, rijst de vraag of de Hoge Raad nu wel zelf had moeten kiezen voor een oplossing in de vorm van een weliswaar niet gemotiveerde, maar toch creatieve uitleg van artikel 126nd en 126nf Sv. De Hoge Raad had het probleem ook op het bord van de wetgever kunnen leggen. Naar het mij voorkomt, kunnen daarvoor ook goede redenen worden aangevoerd. Een eerste reden is dat men erover van mening kan verschillen hoe een versoepeling van het regime met betrekking tot beelden van bewakingscamera's het beste kan worden vormgegeven (vgl. over de diverse gezichtspunten die in deze discussie een rol spelen Van der Staak, in: *Levend strafrecht (Buruma-bundel)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 537-547). De meest rigoureuze oplossing – waar de Hoge Raad *de facto* voor kiest – is het uitzonderen van de op die beelden waarneembare gegevens van de gevoelige gegevens als omschreven in artikel 126nd lid 2, derde volzin, Sv. Een andere oplossing zou zijn om in relatie tot deze beelden een zekere versoepeling van de vereisten van artikel 126nf Sv door te voeren, waarbij ervoor kan worden gekozen om de rol van de rechter-commissaris te behouden. (Daarvoor pleiten Mevis in onderdeel 7 van zijn noot onder de beschikking van 23 maart 2010 en Spapens e.a. 2011, p. 105-106; ook Buruma, *DD* 2010, p. 946 lijkt aan de toets door de rechter-commissaris te willen vasthouden.) Ten tweede zou bij een legislatieve operatie nog eens kunnen worden gekeken naar de eenheid van de diverse voorschriften met betrekking tot het verkrijgen van beelden van (mogelijke) verdachten. De verkrijging van foto's behorend bij OV-chipkaarten verloopt thans via de rechter-commissaris, de verkrijging van beelden van beveiligingscamera's via de officier van justitie. Pasfoto's uit paspoorten kunnen – zo wordt in de rechtspraak aanvaard (Hof Den Bosch 18 januari 2011, *LJN* BP1068 en Hof Amsterdam 31 mei 2011, *LJN* BQ8574; vgl. ook HR 18 januari 2005, *NJ* 2006, 12) – in afwijking van de voorschriften van het Wetboek van Strafvordering rechtstreeks door een opsporingsambtenaar worden opgevraagd op grond van artikel 73 Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001. Is dat consistent, gegeven het feit dat uit al die foto's en beelden gegevens omtrent het ras kunnen worden afgeleid?

Wellicht heeft de Hoge Raad er niet voor gekozen om het probleem naar de wetgever door te schuiven, omdat de minister in zijn antwoord op de hierboven reeds genoemde kamervraag heeft aangegeven voor een wetswijziging vooralsnog geen aanleiding te zien. Maar soms kan het geen kwaad om de wetgever uit te leggen dat er toch echt een probleem bestaat en dat de wetgever beter is geoutilleerd dan de rechter om een oplossing daarvoor vorm te geven. Dat hier sprake is van een gemiste kans,

wordt overigens nog eens onderstreept door het recente – op www.internetconsultatie.nl gepubliceerde – concept-wetsvoorstel ‘gebruik camerabeelden en meldplicht datalekken’. Daaruit blijkt dat door de regering wordt gewerkt aan ruimere mogelijkheden om camerabeelden te benutten ten behoeve van de rechtshandhaving, maar ook dat daarbij alleen de aandacht uitgaat naar de voorschriften van de Wbp en niet naar het strafvorderlijke kader.

11. Los van de juistheid en de wenselijkheid van de beslissing van de Hoge Raad, is het achterwege laten van een nadere toelichting niet onproblematisch. De eerste reden daarvoor is tamelijk praktisch van aard: het is niet duidelijk hoe de door de Hoge Raad aanvaarde regel moet worden afgebakend. Het is duidelijk dat de Hoge Raad aansluiting zoekt bij artikel 38 Vrijstellingsbesluit Wbp. Beoogt de Hoge Raad aldus een specifieke uitzondering aan te nemen op het overigens nog altijd geldende beslissingschema uit de beschikking van 23 maart 2010? Of moet ermee rekening worden gehouden dat dit beslissingschema ook in andere opzichten zal worden gerelativeerd? Ook is niet duidelijk hoe nauw de Hoge Raad de band met artikel 38 Vrijstellingsbesluit Wbp ziet. Zo spreekt artikel 38 lid 1 Vrijstellingsbesluit expliciet van ‘duidelijk zichtbare’ camera’s. In overweging 3.4 ontbreken die woorden. Waarom eigenlijk? En mogen thans op grond van artikel 126nd Sv alleen beelden worden gevorderd voor zover die niet langer dan 24 uur zijn bewaard, zoals het zesde lid van artikel 38 Vrijstellingsbesluit Wbp voorschrijft, of werken – zoals de tekst van overweging 3.4 suggereert – dergelijke beperkingen niet door in de door de Hoge Raad aangegeven reikwijdte van de bevoegdheid van artikel 126nd Sv? Deze en aanverwante vragen behoeven hier geen verdere bespreking. Het gaat mij er nu om aan te geven dat de Hoge Raad met overweging 3.4 weliswaar een belangrijke vraag beantwoordt, maar juist vanwege het ontbreken van elke vorm van toelichting tegelijkertijd nieuwe vragen oproept.

De tweede reden is meer principieel van aard: in de rechtsvormende taak van de Hoge Raad ligt de verantwoordelijkheid besloten om de rechtspraktijk – in het bijzonder de lagere rechtspraak – in zekere zin bij de hand te nemen. De Hoge Raad zou, wanneer een richtingbepalende beslissing wordt genomen, ook expliciet duidelijk moeten maken dat onduidelijkheden worden verhelderd, vast gebaande paden worden verlaten of nieuwe perspectieven worden toegevoegd. Er kunnen eenvoudig arresten worden genoemd waarin de Hoge Raad op een dergelijk duidelijke wijze communiceert met het juridische forum. Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 2011, *LJN* BP2709 (over de Wet stroomlijnen hoger beroep). Het hierboven afgedrukte arrest is, juist vanwege overweging 3.4, een voorbeeld van hoe het in dit opzicht eigenlijk niet moet. Dat verklaart wellicht ook waarom in sommige nadien gewezen uitspraken van lagere rechters nog wordt verwezen naar de beschikking van 23 maart 2010 en een verwijzing ontbreekt naar het hierboven afgedrukte arrest (zie Rb. Amsterdam 2 februari 2011, *LJN* BP9511 en Hof Leeuwarden 13 mei 2011, *LJN* BQ4850).

(Geen) bewijsuitsluiting

12. Met betrekking tot de vraag of het vormverzuim in deze zaak – gelegen in het verzoek om vrijwillige afgifte van de beelden van de bewakingscamera – zou kunnen of moeten leiden tot bewijsuitsluiting, overweegt de Hoge Raad – specifiek naar aanleiding van het verweer van de verdachte dat zijn privacy is geschonden – dat een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM, niet zonder meer een inbreuk oplevert op het recht van artikel 6 EVRM op een eerlijk proces. De Hoge Raad formuleert het voorzichtig (‘niet zonder meer’), maar de

boodschap lijkt niettemin te zijn: bij schendingen van de privacy komt bewijsuitsluiting niet in aanmerking. De onderliggende boodschap daarbij lijkt welhaast te zijn – maar de Hoge Raad zegt dat strikt genomen niet – dat bewijsuitsluiting in principe alleen in beeld komt indien het vormverzuim zich laat kwalificeren als een schending van artikel 6 EVRM. Of leest men dat teveel in de overwegingen van de Hoge Raad?

13. Het benadrukken van het gegeven dat een schending van artikel 8 EVRM niet zonder meer een inbreuk oplevert op het recht op een eerlijk proces, in het kader van het benoemen van de gezichtspunten die in het algemeen van belang zijn voor de toepassing van artikel 359a Sv, is van betrekkelijk recente datum. In de hierboven afgedrukte uitspraak verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van HR 7 juli 2009, *NJ* 2009, 399 (over het gebruik ten behoeve van een fotoconfrontatie van een mogelijk in strijd met de Wet politieregisters bewaarde foto), terwijl eenzelfde overweging is opgenomen in HR 20 september 2011, *NJ* 2011, 441 (over het gebruik van ten onrechte bewaarde kentekengegevens) en – in een enigszins andere formulering – HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169 m.nt. T.M. Schalken (over het vastleggen van kentekengegevens onder verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten). In het arrest uit 2009 wordt verwezen naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Khan tegen het Verenigd Koninkrijk (12 mei 2000, *NJ* 2002, 180 m.nt. Sch; zie meer recent de zaak Bykov tegen Rusland, EHRM 21 januari 2009, appl.nr. 4378/02). Het EHRM benadrukt dat de toelaatbaarheid van bewijs als zodanig niet wordt beheerst door artikel 6 EVRM, maar dat het er bij deze verdragsbepaling om gaat ‘whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair’. Voor zover de bewijsverkrijging in strijd is met enige andere verdragsbepaling moet de aard van die verdragsschending worden onderzocht. In hoeverre wordt door de wijze van bewijsverkrijging de eerlijkheid van het proces ‘as a whole’ aangetast (en kan dus juist met uitsluiting van het gewraakte bewijsmiddel die eerlijkheid overeind worden gehouden)? Het EHRM sluit daarmee niet uit dat schending van artikel 8 EVRM implicaties voor de *fairness* kan hebben – ook de Hoge Raad doet die deur niet op slot (‘niet zonder meer’) –, maar de voorbeelden van situaties waarin dit samenloopt, liggen niet voor het oprapen. (Van Kempen, *Strafblad* 2011, nr. 1, p. 23 noemt de – toch wel uitzonderlijke – situatie dat een schending van artikel 8 EVRM een inbreuk op het zwijgrecht meebrengt.) Bovendien zou men in een dergelijke situatie ook rechtstreeks schending van artikel 6 EVRM kunnen aannemen, zonder noodzakelijkerwijs eerst de tussenstap van het aannemen van een schending van artikel 8 EVRM te zetten.

14. In zijn noot onder de uitspraak in de zaak-Khan schrijft Schalken dat deze zaak ‘wel eens het begin van een belangrijke ontwikkeling [zou] kunnen zijn: de ontkoppeling van enerzijds een geconstateerde onrechtmatigheid en anderzijds het daaraan te verbinden rechtsgevolg’ (onderdeel 1 van de noot in *NJ* 2002, 180). Die observatie betrof toen de Straatsburgse rechtspraak, maar heeft ook relevantie voor de toepassing van artikel 359a Sv. Want de vertaling die de Hoge Raad thans geeft aan de Khan-doctrine is dat de (enkele) constatering dat is gehandeld in strijd met het recht op privacy, niet met zich brengt dat ‘een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden’, zodat niet aan de in het overzichtarrest *NJ* 2004, 376 genoemde vereisten voor bewijsuitsluiting wordt voldaan. Dat impliceert dat, voor zover reeds aan die privacyschending een rechtsgevolg wordt verbonden (gelet op de overige toepassingsvoorwaarden ten aanzien van artikel 359a Sv), alleen strafvermindering in aanmerking komt.

Bedacht dient te worden dat de ‘Straatsburgse’ normering van het strafvorderlijke overheidsop treden hoofdzakelijk voortvloeit uit artikel 6 en 8 EVRM (zie het uitvoerige overzicht van Van Kempen 2011). Nu de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat schendingen van artikel 8 EVRM niet (zonder meer) tot bewijsuitsluiting leiden, dringt de gevolgtrekking zich op dat – behoudens schendingen van artikel 3 EVRM – bewijsuitsluiting in principe wordt voorbehouden voor vormverzuimen die kwalificeren als schending van artikel 6 EVRM. Alleen dan wordt kennelijk een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of beginsel in aanzienlijke mate geschonden. Indien deze conclusie juist is, duidt dat erop dat de Hoge Raad in de afgelopen jaren een niet onbelangrijke koerswijziging heeft ingezet. Weliswaar is al enige tijd waarneembaar dat de Hoge Raad tamelijk strenge eisen stelt aan het toepassen van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg (zie daarover recent, met nadere verwijzingen, Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, oratie Tilburg, p. 61-62 en A-G Vegter in zijn conclusie voor HR 20 september 2011, *NJ* 2011, 441), maar dat de categorie ‘belangrijke (strafvorderlijke) voorschriften en beginselen’ zo beperkt dient te worden opgevat, lijkt toch een noviteit te zijn (vgl. ook het overzicht in Ter Haar & Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011, waarin – op p. 80 – schendingen van het huisrecht en de privacy nog worden gerekend tot de belangrijke strafvorderlijke voorschriften).

15. Dat in de hierboven afgedrukte zaak bewijsuitsluiting achterwege is gelaten als rechtsgevolg op het ten onrechte verzoeken om afgifte van de beelden van de bewakingscamera, is geenszins onbegrijpelijk. De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is, gegeven het feit dat de beelden in een vrij toegankelijke winkel zijn vastgelegd en aangenomen dat de bewakingscamera zichtbaar was geplaatst, betrekkelijk gering. Bovendien geldt in dit concrete geval, al zegt de Hoge Raad daar hier niet iets over, dat het vormverzuim vooral de belangen van de houder van de camerabeelden heeft getroffen. Die is immers – ten onrechte – geconfronteerd met een verzoek om vrijwillige afgifte. Plaatst men de overwegingen van de Hoge Raad in een bredere context, dan lijkt echter te gelden dat ook indien in strijd met de voorschriften van artikel 126nf Sv gevoelige gegevens worden vergaard en gebruikt, bewijsuitsluiting niet meer in aanmerking zou komen, terwijl dan de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer heel wat forser kan zijn. Zou daar niet het signaal van uit kunnen gaan dat de voorschriften omtrent het vorderen van gegevens niet zo nauw in acht behoeven te worden genomen? En hoe dan te denken over onrechtmatige doorzoekingen? Impliceren de overwegingen van de Hoge Raad dat ook (ernstige) schendingen van het huisrecht niet langer tot bewijsuitsluiting kunnen leiden (vgl. daarover vanuit een iets ander perspectief ook Kooijmans, *DD* 2011, p. 1105-1108)? Dat zijn vragen die vrijwel automatisch rijzen bij lezing van het arrest (vgl. in dit verband ook de kritische kanttekeningen van Schalken in diens noot onder HR 27 september 2011, *NJ* 2011, 557, met nadere literatuurverwijzingen). En hoe men die vragen ook zou willen beantwoorden, het is ook nu weer onbevredigend dat de Hoge Raad zijn overwegingen niet van een nadere toelichting heeft voorzien. Vooral omdat het daardoor toch gissen blijft of de Hoge Raad daadwerkelijk de teugels zo strak heeft willen aanhalen als uit het arrest zou kunnen worden afgeleid.